

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle: **24061 C**

Inscrit le 12 février 2008

Audience publique du 26 juin 2008

**Appel formé par
la société anonyme ... S.A., ...
contre un jugement du tribunal administratif du 31 décembre 2007
(n° 22876 du rôle)
en matière d'impôts**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 24061C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 12 février 2008 par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... S.A., ayant son siège social à L-..., immatriculée au R.C.S. de Luxembourg sous le numéro B, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, dirigée contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 31 décembre 2007 (n° 22876 du rôle), l'ayant déboutée de son recours dirigé contre le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 1999, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, tous émis à son égard le 29 septembre 2004 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 12 mars 2008 par le délégué du gouvernement Jean-Marie KLEIN ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 2 avril 2008 par Maître Jean-Pierre WINANDY au nom de la société anonyme ... S.A. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean-Pierre WINANDY et Monsieur le délégué du gouvernement Claude LICK en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 27 mai 2008.

Ayant été constituée le 28 novembre 1997, la société anonyme ... S.A., ci-après « *la société ...* », acquit, à travers deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, ci-après « *le contrat d'option* », des droits sur un total de 2.400.000 parts de la société ... Limited, domiciliée à Singapour, ci-après « *la société ...* », et une option d'achat sur ces mêmes parts, tandis que les donneurs des options restèrent les propriétaires juridiques desdites parts. Cette participation représentait 60% du capital de la société

En date du 5 décembre 2003, la société ... exerça son droit d'option et devint propriétaire des 2.400.000 parts de la société

Suite au dépôt en date du 12 mai 2003 de sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 1999 par la société ..., le bureau d'imposition Sociétés 2 du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *bureau d'imposition* », informa, par courrier du 27 août 2004 et les projets d'imposition y annexés, la société ... notamment de ce qu'il entendait ne pas admettre l'exonération d'impôt des dividendes lui versés par la société ... en vertu de ses droits découlant du contrat d'option sur base des motifs énoncés comme suit :

« Dispositions de l'article 166 LIR non applicables aux revenus se rapportant aux « call options » sur actions de ... Ltd, vu que l'option sur actions « call options » de ... Ltd ne constitue pas une participation détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux ».

Sur base du même raisonnement, le bureau d'imposition informa la société ... également de ce qu'il entendait ne pas appliquer l'exonération d'impôt à la valeur des parts de la société ... dans le cadre de la fixation de la fortune d'exploitation de la société

Par courrier de son conseil fiscal du 16 septembre 2004, la société ... présenta au bureau d'imposition ses objections contre les redressements annoncés par le bureau d'imposition.

En date du 29 septembre 2004, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, ainsi que les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et au 1^{er} janvier 2001, lesquels maintinrent les redressements annoncés dans le courrier du 27 août 2004 et reprirent les motivations précitées afférentes.

En date du 24 décembre 2004, la société ... fit introduire auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après « *le directeur* », une réclamation contre ces quatre bulletins du 29 septembre 2004.

Cette réclamation n'ayant pas fait l'objet d'une décision de la part du directeur, la société ... introduisit le 26 avril 2007 un recours contentieux devant le tribunal administratif tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins prévisés de l'impôt sur le

revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, ainsi que des bulletins de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et 1^{er} janvier 2001.

Par jugement du 31 décembre 2007, le tribunal accueille le recours en réformation en la forme, au fond en déboute la société ..., déclare le recours subsidiaire en annulation irrecevable et condamne la société ... aux frais.

Par requête déposée le 12 février 2008, la société ... a déclaré relever appel dudit jugement du 31 décembre 2007.

L'appel ayant été introduit dans les formes et délai de la loi, il est recevable.

A l'appui de son appel, la société ..., après avoir rappelé qu'elle avait acquis en date des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999 une option d'achat sur les 2.400.000 parts de la société ... au prix de 2.400.000 dollars de Singapour, relève que le tribunal administratif, dans le jugement entrepris, aurait accepté le principe selon lequel le bénéfice du régime mère-filiale est à accorder au bénéficiaire économique, mais aurait méconnu le pouvoir de décision du preneur de l'option litigieuse, nié à tort le versement des revenus issus de l'investissement et faussé le sens de la valeur juridique de la clause 5.1 du contrat d'option. Plus particulièrement, le tribunal aurait retenu à tort, que les propriétaires juridiques des parts avaient conservé en principe leur droit de vote, que le document intitulé « *deed of assignment* » portant sur le droit de perception des dividendes n'avait pas été signé et que l'article 5.1 du contrat d'option stipulait que les propriétaires juridiques resteront les « *beneficial owner* » des 2.400.000 parts en cause pour toute la durée de validité de l'option d'achat.

En se prévalant du § 11 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, communément désignée « *Steueranpassungsgesetz* », en abrégé « *StAnpG* », la société ..., sur base des directives allemandes reprises au Luxembourg par les circulaires administratives, dont notamment la circulaire LGA n° 37 du 4 janvier 1974, relève que le propriétaire au sens du droit fiscal serait le propriétaire économique, à savoir celui qui bénéficie à la fois des chances d'appréciation et des risques de dépréciation et ceci pour la partie prédominante. Or, tel serait le cas en l'espèce, alors qu'elle serait à considérer comme bénéficiaire économique des 2.400.000 parts de la société ... pour avoir acheté en vertu du contrat d'option une option sur lesdites 2.400.000 parts au prix de 2.400.000 dollars de Singapour, option qui lui permettrait d'acquérir les titres en question pour un dollar supplémentaire. Autrement dit, elle aurait payé l'entièreté du prix sauf un dollar au donneur de l'option, de sorte qu'elle aurait toutes les chances d'appréciation du bien, de même que l'entièreté des risques de perte.

Concernant plus particulièrement le droit de perception des dividendes du chef des parts en cause, la société ... produit en instance d'appel la copie du document *signé* intitulé « *deed of assignment* », daté au 6 mai 1999, tout en concédant que la copie remise au tribunal en première instance ne portait pas de signature. Pour le surplus, elle précise avoir effectivement reçu tous les revenus issus de l'investissement qui lui auraient été

versés de manière directe sans passer par l'intermédiaire des vendeurs de l'option, à savoir les propriétaires juridiques.

Concernant ensuite le pouvoir de décision dans la société ..., c'est-à-dire le droit de vote, la société ..., en tant que détenteur de l'option, précise qu'aux termes du contrat d'option le donneur de l'option n'aurait le droit de vote que dans la mesure où elle voudrait bien le lui abandonner et qu'elle serait seule à avoir le droit de vote à toutes les assemblées si elle en décidait ainsi, en écartant du droit de vote le donneur de l'option, solution qui se dégagerait directement des articles 4.2 (a) et (c) du contrat d'option.

Finalement, en relation avec la notion de « *beneficial owner* » la société ..., par renvoi à la clause 5.1 du contrat d'option, d'après laquelle le donneur de l'option se déclare être le « *beneficial owner* », soutient que ladite disposition serait d'une importance extrêmement limitée en ce qui concerne la détermination du bénéficiaire économique selon une approche fiscale et que le donneur de l'option aurait uniquement voulu déclarer par cette clause qu'il serait dans la position de pouvoir exécuter le contrat d'option dans la mesure où le preneur de l'option procéderait plus tard à l'exercice de celle-ci.

Pour conclure, la société ... estime que les qualifications faites dans les contrats ne devraient guère avoir d'impact sur le traitement fiscal, sous peine d'enfreindre le principe de l'égalité devant l'impôt et qu'elle remplirait partant toutes les conditions pour être considérée comme le bénéficiaire économique des parts litigieuses au sens du § 11 StAnpG et pour bénéficier partant du régime mère-filiale et de l'exonération prévue à l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « *LIR* ».

Dans son mémoire en réponse, le délégué du gouvernement relève que le § 11 StAnpG préférerait une approche fondée sur le pouvoir de fait et l'*animus* et estime, au vu de la production en instance d'appel de la copie du « *deed of assignment* » dûment signé, que la question de la détention directe permettant l'application du privilège des sociétés-mères et filiales relèverait de la souveraine appréciation de la Cour.

Dans son mémoire en réplique, la société ... insiste sur la considération qu'en matière fiscale, en vertu du § 11 StanpG, la propriété économique serait déterminante, que d'après l'article 166 LIR le propriétaire économique des parts aurait droit au bénéfice du régime mère-filiale même si d'un point de vue du droit civil il ne serait pas le détenteur direct des parts et que partant il conviendrait de déterminer en l'espèce s'il y a eu transfert de la propriété économique à autrui et, dans l'affirmative, qui est le bénéficiaire de la participation dans la société

Par référence à la jurisprudence allemande en la matière, la société ... énumère les conditions essentielles y dégagées pour conclure à un transfert de la propriété économique à son profit au sens du § 11 StanpG, à savoir :

- Le preneur de l'option doit pouvoir bénéficier d'un accroissement de la valeur du bien sous-jacent à l'option.

La société ... soutient que tel serait le cas en l'espèce, étant donné qu'elle aurait obtenu le droit d'acquérir les parts dans la société ... à un prix fixé d'avance et en cas d'augmentation de la valeur de ces parts, elle en profiterait pour pouvoir acquérir les parts pour le prix stipulé dans le contrat d'option, c'est-à-dire à un prix inférieur à la valeur réelle du marché. Pour le surplus, la société ... lui verserait directement les dividendes, de sorte qu'elle bénéficierait aussi directement et entièrement d'un accroissement des revenus liés aux participations.

- Le preneur de l'option doit subir les risques de dépréciation.

Sur ce point, la société ... relève qu'elle supporterait exclusivement ce risque pour l'hypothèse où la valeur de la participation serait inférieure aux 2.400.000 dollars de Singapour par elle payés.

- Le preneur de l'option doit détenir les droits réels relatifs aux parts (dividendes, droits de vote).

Concernant plus précisément les dividendes, la société ... précise que le « *deed of assignment* » stipulerait clairement qu'elle bénéficierait de tous les dividendes et elle aurait effectivement reçu tous les revenus issus de l'investissement. En relation avec le pouvoir de décision dans la société ..., l'appelante relève qu'elle serait la seule à avoir le droit de vote à toutes les assemblées de ladite société si elle le souhaitait et elle pourrait participer à toutes les assemblées en écartant du vote les donneurs de l'option qui seraient tenus de lui transmettre directement toutes informations concernant les assemblées générales de la société

- La nécessité de prestations anticipées.

La société ... précise qu'elle aurait versé les liquidités nécessaires aux donneurs de l'option pour qu'ils puissent acquérir les 2.400.000 parts constituant « *le sous-jacent* » de l'opération, de même qu'elle aurait accordé à la société ... des prêts d'une valeur de 10.000.000.- €.

- L'acquisition des parts doit être irréversible.

Sur ce point, la société ... renvoie à la clause 5 du contrat d'option, intitulée « *Grantor's warranties and undertakings* » lui garantissant que les donneurs de l'option restent dans la position de pouvoir exécuter le contrat d'option en tant que « *beneficial owners* » des parts, même si la notion de « *beneficial owners* » avait été mal choisie. L'appelante précise qu'en choisissant cette terminologie, les contractants auraient simplement voulu garantir aux preneurs de l'option qu'ils sont capables de transférer la propriété juridique des 2.400.000 parts lorsque le preneur exécuterait l'option. Partant, comme les donneurs de l'option devraient garder la propriété juridique des parts, l'appelante soutient se trouver dans une position juridiquement protégée concernant l'acquisition des 2.400.000 parts de la société

Côté preneur de l'option, la société ... précise avoir investi 2.400.000 dollars de Singapour pour avoir le droit d'acquérir pour un dollar supplémentaire 2.400.000 parts dans la société ... ayant chacune une valeur nominale d'un dollar. Comme elle avait déjà investi 2.400.000 dollars et que le coût total de l'investissement aurait été de 2.400.001 dollars, il serait évident qu'elle aurait été financièrement contrainte d'exécuter cette option.

Il s'ensuit qu'en prenant en considération tant la situation juridique des donneurs de l'option que la sienne, l'exécution du contrat d'option, c'est-à-dire le transfert de la propriété juridique des parts de la société ..., était certain et l'acquisition irréversible.

Partant, la société ... estime que lors de la signature du contrat d'option, le transfert de la propriété économique des parts de la société ... avait bien eu lieu et qu'elle aurait dû être considérée comme le bénéficiaire économique des parts.

Il échet de constater que le tribunal, dans son jugement entrepris, a rejeté l'argumentation de la société ... en retenant que celle-ci ne pouvait être considérée comme bénéficiaire économique de la participation dans la société ... faisant l'objet du contrat d'option, et partant comme détenteur direct au sens de l'article 166 LIR, aux motifs qu'il ressortirait des contrats litigieux que les propriétaires juridiques conserveraient en principe leur droit de vote, que le « *deed of assignment* », apparemment dûment signé et daté en conformité avec le contrat d'option, n'avait été soumis au tribunal qu'à titre de projet, de sorte que la preuve du transfert du droit de perception des dividendes n'avait pas été rapportée, et que le contrat d'option stipulait entre autres que les propriétaires juridiques resteraient les « *beneficial owners* » des 2.400.000 parts en cause pour toute la durée de validité de l'option d'achat.

C'est tout d'abord à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'au voeu de l'article 166 paragraphes (1) et (2) LIR, les revenus d'une participation dans le capital d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités détenue directement par une société anonyme résidente pleinement imposable sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités, lorsqu'à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 50.000.000,- francs. C'est encore à bon droit que le tribunal a retenu que l'exonération prévue à l'article 166 LIR ne bénéficie qu'à une participation directe détenue dans le capital d'une autre société et qu'à défaut de définition précise de la notion de « *détention* » à l'article 166 LIR, il y a lieu de se référer à la disposition générale du § 11 StAnpG concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de l'apparence juridique, de rechercher et d'analyser la

réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques. En effet, il est de principe en droit fiscal que les faits et les actes juridiques doivent être interprétés et appréciés d'après des critères économiques. La définition du « *Eigenbesitzer* » du § 11 StAnpG constitue un concept *sui generis* de nature fiscale, qui ne se couvre pas avec les catégories du droit civil et il se dégage du terme en question que la loi envisage la situation d'un possesseur plutôt que d'un propriétaire juridique, de sorte qu'elle n'exige pas que tous les attributs du propriétaire soient réunis dans la personne de ce possesseur spécial. Pour le surplus, les qualifications juridiques avancées par les parties ne sont retenues par le juge de l'impôt que dans la mesure où elles correspondent à l'intention réelle des parties.

En l'espèce, il se dégage des pièces soumises à la Cour qu'en vertu du contrat d'option, la société ... a acquis des droits sur un total de 2.400.000 parts de la société ..., de même qu'une option d'achat sur ces mêmes parts, participation représentant 60 % du capital de la société ... et ceci au prix de 2.400.000,- dollars de Singapour. En instance d'appel, la société ... a encore produit une copie du « *deed of assignment* » du 6 mai 1999 et signé en conformité avec les deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, de manière à avoir rapporté la preuve, à défaut de la moindre contestation de la partie étatique sur ce point, que ces actes ont été adoptés et que le transfert du droit de perception des dividendes distribués par la société ... du chef des parts en cause s'est opéré à son profit. A cela s'ajoute que l'appelante n'a pas été contredite en son affirmation que les revenus issus de l'investissement lui ont été versés de manière directe sans passer par l'intermédiaire des vendeurs de l'option et qu'elle a exercé en date du 5 décembre 2003 son droit d'option pour devenir propriétaire des 2.400.000 parts litigieuses de la société

Au vu de la réalité économique apparente et de l'intention des parties se dégageant des accords soumis à la Cour, la société ... soutient à juste titre qu'en tant que preneur de l'option elle a bénéficié à la fois des chances d'accroissement de la valeur des parts de la société ... et des risques de dépréciation pour avoir payé le prix stipulé dans le contrat d'option, à savoir 2.400.000,- dollars de Singapour, tout en ayant acquis le droit d'acquérir pour 1,- dollar supplémentaire les 2.400.000 parts dans la société ... ayant chacune une valeur nominale d'un dollar.

Concernant ensuite le pouvoir de décision dans la société ..., l'article 4.2 du contrat d'option stipule ce qui suit :

« *During such time as the Call Option remains exercisable, each of the Grantors shall:*

- (a) *promptly forward to the Holder all notices of general meetings, audited accounts and such other documents as the Company may give to the Grantors as shareholders of the Company ;*
- (b) *exercise all rights of voting and other privileges attaching to the Option Shares only in consultation with the Holder ; and*

- (c) *at the request and cost of the Holder, execute such proxies as the Holder may direct to enable its designated representatives to attend and vote at any general meeting of the Company ».*

Il se dégage dudit article que les donneurs de l'option sont tenus de transmettre sans délai à la société ... toutes les convocations aux assemblées générales de la société ..., d'exercer leur droit de vote uniquement après consultation avec le preneur de l'option et d'exécuter à la demande du preneur de l'option les procurations pour assister et voter lors des assemblées générales de la société

Si les premiers juges ont pu retenir en l'absence de prise en considération du « *deed of assignment* », non produit dans sa version signée devant eux, que les propriétaires juridiques des parts de la société ... auraient conservé en principe leur droit de vote lors des assemblées générales de ladite société, il résulte cependant précisément du libellé de l'article 4.2 du contrat d'option que ce droit de vote « *théorique* » s'exerce en étroite collaboration avec l'appelante, étant donné que les donneurs de l'option sont tenus de transmettre directement toutes informations concernant les assemblées générales de la société ... et d'exécuter les procurations dans le sens voulu par la société

Finalement, c'est encore à bon escient que la société ..., par référence aux critères dégagés par la jurisprudence allemande en la matière, conclut à un transfert de la propriété économique des parts de la société ... à son profit, en considération notamment des prestations anticipées qu'elle a effectuées, à savoir le versement des liquidités nécessaires en vue de l'acquisition des 2.400.000 parts, de même que l'octroi d'un prêt d'une valeur de 10.000.000,- €, et que l'acquisition desdites parts s'est faite de manière quasiment irréversible en considération de l'investissement effectué.

S'il est certes exact que l'article 5.1 du contrat d'option stipule que les donneurs de l'option resteront les « *beneficial owners* » des 2.400.000 parts, ladite terminologie ne remet cependant pas en cause, au vu des considérations qui précèdent, le constat que la société ... est à considérer comme propriétaire économique des 2.400.000 parts, de sorte que l'appelante est à suivre dans son argumentation consistant à soutenir que par ledit article 5.1, d'après lequel « *The Grantors jointly and severally warrant to the Holder that, upon the Allotment and during such time as the Call Option remains exercisable : (a) they will be the beneficial owners of the Option Shares and have and will have full power and authority to grant the Call Option in respect of the same upon the terms and conditions of this Agreement (...)* », le donneur de l'option a simplement voulu déclarer qu'il serait dans la position de pouvoir exécuter l'option dans la mesure où l'acheteur de l'option procéderait plus tard à l'exercice de celle-ci.

Il se dégage dès lors des considérations qui précèdent que la société ... est à considérer comme bénéficiaire économique des parts litigieuses dans la société ... au sens du § 11 StAnpG pour l'exercice fiscal concerné et les dates d'évaluation pertinentes. Elle est dès lors en droit de bénéficier du régime mère-filiale et de l'exonération prévue à l'article 166 LIR.

Par conséquent, l'appel est fondé et par réformation du premier jugement, il y a lieu de réformer les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, ainsi que les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et au 1^{er} janvier 2001 dans le sens d'une prise en considération du régime mère-filiale et d'une application de l'article 166 LIR et des paragraphes 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et 60 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'évaluation des biens et valeurs et de renvoyer l'affaire devant le directeur en vue de sa transmission au bureau d'imposition compétent pour exécution.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit l'appel du 12 février 2008 en la forme ;

au fond, le dit justifié ;

partant, par réformation du jugement du 31 décembre 2007, dit qu'il y a lieu de réformer le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 1999, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 1999, le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2000 et le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, tous émis à l'égard de la société anonyme ... S.A. le 29 septembre 2004 par le bureau d'imposition Sociétés 2, dans le sens d'une prise en considération du régime mère-filiale et d'une application de l'article 166 LIR ainsi que des paragraphes 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et 60 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'évaluation des biens et valeurs ;

renvoie l'affaire devant le directeur de l'administration des Contributions directes en vue de sa transmission au bureau d'imposition compétent pour exécution ;

condamne l'Etat aux frais et dépens des deux instances.

Ainsi délibéré et jugé par :

Francis DELAPORTE, vice-président,
Henri CAMPILL, premier conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le vice-président en l'audience publique au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s. MAY

s. DELAPORTE